استقلالية المستشارين الشرعيين فى إطار مهام وواجبات الرقابة الشرعية

الأستاذ المشارك د. محمد داود بكر
نائب مدير الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا
(لشؤون الطلبة)

الحمد لله الذي جعل من مبادىء هذه الشريعة السمحة أن لا ضرر ولا ضرار وأن المسلمين على شروطهم في جميع المعاملات المهنية بما في ذلك الاستشارة الشرعية في أعمال البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية. والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين ومن استن بسنته واتبع هداه إلى يوم الدين.

يعالج هذا البحث كيفية تصرف المستشار الشرعي سواء أكان يعمل بمفرده أو ضمن لجنة للرقابة الشرعية لمؤسسات مالية مختلفة خاصة إذا كان مسستشارا شرعيا لأكثر من مؤسسة مالية. وهذا الاحتمال لا يُستبعد لأن المعيار حول تعيين هيئة الرقابة الشرعية وتكوينها قد ألزم أن تتكون هيئة الرقابة الشرعية من أعضاء لا يقل عددهم عن ثلاثة، من الفقهاء المتخصصين في فقه المعاملات[1] وقد يكون الأمر أكثر أهمية وتعقيداً عندما تطبّق المؤسسات المالية الأخرى نفس ما تطبقه المؤسسة الأولى التي بدأ العمل معها أولا.

---

[1] معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (١) الرقابة الشرعية. إعداد هيئة المحاسبة المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ٢٠٠٠، ص ٥

وحيث إن هذه المؤسسات تقوم بنفس العمليات المالية فإنه قد يكون من الصعب للمستشار الشرعي أن يعمل في المؤسسات المختلقة دون أن يخلّ بالواجبات السرية وذلك بوجوب العملبدرجة عالية من الاستقلالية لمصلحة المؤسسات المختلفة. وهذه الاستقلالية تقتضي على المستشار الشرعي الإتقان المهني،وهو أن يؤدي واجباته وخدماته الوظيفية والمهنية على الوجه الأكمل من حيث العناية والإتقان وأن لا يدخر جهداً في سبيل وفائه بمسئوليته تجاه مهنته.ومن متطلبات الاتقان المهني هو عدم كتمان ما علمه لمصلحة المؤسسة التي يعمل المستشار لها.

ويبدو أنه لا يمكن التوفيق بين واجب السرية وواجب الاستقلالية الذي يعارضه. فهل هذا يعني أن مجرد انضمام المستشار الشرعي إلى أكثر من مؤسسة مالية يشير إلى عدم مراعاته لمبدأ الاستقلالية؟ وهل يمكن تأصيل هذه المسألة على سوابق في الفقه الإسلامي؟

كما يسعى البحث إلى دراسة مفهوم الاستقلالية في الفقه الإسلامي ومدى صلتها به. كما يتعرض البحث إلى مسألة الواجبات الخاصة المناطة بالمستشار الشرعي تجاه المؤسسة المالية الإسلامية التي يقدم إليها المستشار الشرعي رأيه وخدمته المهنية. بمعنى آخر هل هناك مسؤولية قانونية أو عقد بين المستشار والمؤسسة تترتب عليه آثار ايجابية أو سلبية؟ ويقودنا هذا إلى السؤال هل يقرُّ الفقه الإسلامي التقصير والإهمال في الاستشارة المهنية بحيث إنه يكون من حق من قدمت إليه الاستشارة، وعمل بموجبها أن يتقدم بأمر قضائي ضد مقدم المشورة، إذا تبين أنها قدمت بصورة فيها إهمال أو تقصير؟

ففيما يتعلق بموضوع هذا البحث فإن المستشار الشرعي قد يكون في كثير من الأحيان قد قدم استشارته بصورة لا استقلالية فيها خوفاً من أن يؤدي ذلك خرق مبدأ السرية. كما أن من الأمور المهمة في هذا السياق مسألة تضارب المصالح التي قد يواجهها المستشار الشرعي حيث إنه من المفترض أن يتقدم باستشارته على الوجه المطلوب لمؤسستين أو أكثر في موضوع واحد أو أداة مالية واحدة. فما هي نوعية الاستشارة المتوقعة منه إذا أخذنا بعين الاعتبار أن المستشار الشرعي كغيره من موظفي المؤسسة المالية مطالب بمبدأ وجوب السرية. فإنه يبدو من المستحسن تعريف السرية بخصوص عمل المستشار الشرعي حتى يتثنى تأصيل المسألة وفق ذلك. هذه هي بعض المحاور التي يسعى هذا البحث المتواضع لمناقشتها.

دور ومهمة هيئة الرقابة الشرعية

ومن المقرر في معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (١)[2] أن الهدف من الرقابة الشرعية هو التأكد من أن الأنشطة التي تقوم بها المؤسسة لا تخالف الشريعة. ومن الواضح أنه ليس من أساسيات أعمال هيئة الرقابة الشرعية تطوير الآليات المالية الإسلامية الجديدة لأن هذه المهام تقع مبدئياً على عاتق الهيئة الإدارية للمصارف وذلك فيما يخص بإنتاج منتج مصرفي جديد أو تطوير وتحسين المنتجات المصرفية الموجودة. ولكن قد يلاحظ أن هيئة الرقابة الشرعية في كثير من الأحيان، قد ساهمت في تطوير آلية جديدة

[2] المرجع السابق،ص ١٦

من خلال عرض بعض التكييفات الفقهية لتكوين آلية معينة. وإن حصلت هذه المهمة، فهي ليست من المهام الرئيسة لهيئة الرقابة الشرعية؛ لأن المتوقع من هذه الهيئة هو مناقشة وإبداء الرأي الشرعي في كل ما يخص أعمال المصارف الإسلامية حتى تتفق هذه والأحكام الشرعية.

السؤال الوارد هنا هل كان المستشار الشرعي مقيدا بمبدأ الاستقلالية في إبداء رأيه الشرعي على أمر من الأمور يتطلب رأيه. لم يشر معيار الضبط للمؤسسات المالية الاسلامية رقم (١) إلى موضوع استقلالية هيئة الرقابة الشرعية. ومن المعقول في رأينا أن المسألة الأساسية التي تقتضي المناقشة في معيار الضبط هي ليست الاستقلالية بذاتها وإنما مدى جواز تعيين مستشار شرعي واحد لأكثر من مؤسسة مالية. ويبدو أن هذه المسألة يمكن إدراجها تحت مسألة تعيين الأجير الخاص والأجير المشترك في الفقه الإسلامي. ولو كانت المسألة هنا تتعلق بقضية الأجير الخاص والأجير المشترك الذي يأتي بيانه فيما بعد، فالقضية الأساسية والجوهرية هي هل الاستشارة الشرعية بخصوص المصارف والمؤسسات المالية تقوم على وفق الأجير المشترك؟ وذلك لأن واجب السرية يكون أكثر وضوحاً وجلاء في عمل المؤسسات المالية مقارنةً بمهمة الأجير المشترك في الأعمال الأخرى كالقصار والصباغ والخياط والنساج وما شاكلها. وحيث أن المعيار لا يتناول مدى جواز تعيين مستشار شرعي واحد لاكثر من مؤسسة مالية، فالجواب عن هذا السؤال لا يأتي إلا في نهاية هذا البحث عند ما يتضح مفهوم واجب الاستقلالية بالنسبة لأعضاء هيئة

الرقابة الشرعية. ومع ذلك لا نبالغ إذا قلنا إن التعدد ليس بإشكال وإنما الأشكال هو في كيفية تصرف هذا المستشار الشرعي على ضوء واجب الاستقلالية[٣].

واجب الاستقلالية وواجب الحفاظ على الأسرار المهنية

يعتبر الحفاظ على السر واجباً دينياً أخلاقياً وخاصة عندما يتعلق الأمر بأعمال الغير وتصرفاتهم. كما يشكل إفشاء الأسرار طعناً للثقة وإضعافاً لها. لذلك أقرت تقاليد بعض المهن وجوب الحفاظ على السرية المهنية كما في مهنة الطب والمحاماة والمصارف وغيرها ثم تجذرت هذه التقاليد في مهن كثيرة فأصبحت أعرافاً متبعة ومحترمة من قبل العاملين فيها.

تعتبر المهن أمانة في الشريعة ، وقد روى مسلم عن أبي ذر رضي الله عنه أنه قال: قلت يا رسول الله ألا تستعملني؟ فضرب بيده على منكبي ثم قال: "يا أبا ذر إنك ضعيف، وإنها أمانة وإنها يوم القيامة خزي وندامة إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها"[4].

وكتمان السر المهني من الأمانة المهنية التي فرضتها الدولة أو الشركة على عاتق موظفيها، فلا يجوز افشاؤها، إذ الإفراط أو التفريط فيما يتعلق بحق المهن يعتبر خيانة. وقد اهتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك. وقد روى ثابت بن أنس رضي الله عنه قال: أتى عليّ رسول الله وأنا ألعب مع الغلمان، فسلم علينا فبعثني في حاجة، فأبطأت

---

[٣] لم يؤثر في أي بلد قانون أو ضوابط في تقييد وتحديد عمل مستشار شرعي فيما يخص مساهمته في الرقابة الشرعية.

[4] أخرجه مسلم، (كتاب الإمارة، باب كراهية الإمارة بغير الضرورة، حديث رقم ٤٦٩٦)، صحيح مسلم، ٤١٤/١٢

على أمي، فلما جاءت قالت: ما حسبك؟ فقلت: بعثني رسول الله لحاجة، قالت: ما حاجته؟ قلت: إنها سر. قالت: لا تخبرن بسر رسول الله أحداً. قال أنس: والله لو حدثت به أحداً لحدثتك به يا ثابت".[5]

فالسرية المصرفية ترتكز على المسئولية الملقاة على المصارف بأجهزتها وموظفيها وأيضاً من لهم علاقة بها، بلزوم التكتم على الأعمال الاقتصادية والشخصية المتعلقة بزبائنهم وبالأشخاص الآخرين الذي قد تكون آلت إلى علمهم أثناء ممارستهم لمهنتهم[6]. وطبقاً لهذه المسألة، أن المؤسسات المالية تطلب ممن يعمل معها في مجال الاستشارات أن يكتم أسرارها، وأن لا يبوح بشيء مما يعرض عليه من أنواع التطويرات والابتكارات المالية ونحوها إلى المنافسين. وهذه المسألة مهمة للهيئات الشرعية باعتبار أن الأعضاء فيها كثيراً ما يكونون أعضاء في عدد من الهيئات في مؤسسات تتنافس في مجال العمل.[7] فالمستشار الشرعي، بلا شك، أحد موظفي المؤسسة المالية ويكون حينئذ مقيداً بواجب السرية. فواجب السرية قد يكون أوجب عليهم لأنه يحق لهم الاطلاع الكامل، وبدون قيود على جميع السجلات والمعاملات والمعلومات من جميع المصادر بما في ذلك الرجوع إلى المستشارين المهنيين وموظفي المؤسسة ذوي الصلة[8].

---

[5] أخرجه مسلم (كتاب فضائل الصحابة، باب فضائل أنس بن مالك، حيث رقم ٦٣٢٨) صحيح مسلم، ٥٨/١١

[6] هشام البساط، إدارة السرية المصرفية إجراءاتها التنظيمية والعملية في لبنان، اتحاد المصارف العربية، ١٩٩٣، ص١٤٤

[7] د. محمد العلي القرى، السرية في العمليات المصرفية مفهومها وضوابطها، ورقة مقدمة إلى ندوة البركة العشرين للاقتصاد الإسلامي، كوالا لمفور، ماليزيا، ٢٠-٢٧ يونيو ٢٠٠٠، ص١٤

[8] معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (٢)

معيار المشورة المتوقعة من المستشار الشرعي والإهمال المهني.

إن المستشار الشرعي، وانطلاقا من تعريفه فهو مهني[9] بل في غالب الأحيان تنفذ بعض الأعمال المالية بناء على مشورته[10].كما أن المتوقع من المستشار الشرعي أن يرشد المؤسسة المالية الطالبة المشورة لما فيه المصلحة.لذا فالمتوقع منه أن يتصرف كمهني وليس مجرد إنسان عادي.ويقاس مدى فعاليته بفعالية وأداء غيره من المهنيين في مختلف مجالات الخدمات.فالطبيب، والمحاسب، والقاضي وجابي الزكاة يعتبر كل واحد منهم مهنيا. فالطبيب يكون مسؤولا عن أي ضرر إذا عمل بما يخالف النظام المعمول به سواء نظاما قانونيا أو عرفا ساريا في المهنة الطبية.[11] فبناء على ما تقدم يمكن القول بأن المستشار الشرعي للمؤسسات المالية أيضا مهني حيث إنه:

١) إنسان متخصص يرجع إليه الناس طلبا للمشورة. والناس لا يطلبون النصح والمشورة إلا ممن عنده خبرة ومهارة في مجال تخصصه.

[9] معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (١).

[10] المرجع السابق (وتكون فتاويه وقراراته ملزمة للمؤسسة)

[11] انظر عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية دراسة تأصيلية بين الشريعة الاسلامية والقوانين المعاصرة، دار الأندلس الخضراء ،جدة ١٩٩٧،ص

٢) في بعض القوانين المنظمة لأعمال البنوك الإسلامية فإن وجود مستشار شرعي أو تكوين هيئة رقابة شرعية يعتبر أمراً قانونياً. لأن وجودهم أمر لا بد منه خاصة لإصدار التراخيص المصرفية لهذه المؤسسات المالية.[١٢]

فالمستشار الشرعي من أصحاب الاختصاص المهني حيث أن رأيه وتوجيهه معتمد عليه من قبل طالب الاستشارة. ومما يؤيد ذلك ما توصل إليه الدكتور عبد الستار أبو غدة من أن مهام هيئات الرقابة الشرعية هي[13]:

أولاً: اعتماد الجوانب الشرعية في عقود التأسيس والنظم الأساسية واللوائح والنماذج والسياسات المتبعة في أعمال المصرف.

ثانيا: اعتماد الاتفاقيات والعقود النمطية المتعلقة بالمعاملات المالية التي تجريها المصارف.

ثالثاً: إبداء الرأي الشرعي في المنتجات التي يطرحها المصرف وإصدار الفتاوى فيما يعرض من معاملات.

رابعاً: متابعة عمليات المصرف ومراجعة أنشطته من الناحية الشرعية في الفترات التي تحدد بالتنسيق بين الهيئة والإرادة، والتحقق من أن المعاملات المبرمة كانت لمنتجات معتمدة من قبل الهيئة الشرعية.

---

[١٢] أنظر : المادة الخامسة (ب) من قانون البنوك الإسلاميّة (ماليزيا)،١٩٨٣م.

[13] الدكتور عبد الستار أبو غدة، **الهيئات الشرعية تأسيسها، أهدافها، واقعها**، ورقة مقدمة في المؤتمر الأول للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، ٢٠٠١، ص ١٠-١١

خامساً: تقديم واقتراح الحلول الشرعية الممكنة لمشكلات المعاملات المالية التي لا تتفق مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية والمساهمة في إيجاد البدائل للمنتجات المخالفة لقواعد الشريعة.

سادساً: تقديم التوجيه والإرشاد والتدريب للموظفين المعنيين بتطبيق المعاملات المالية الإسلامية بما يعينهم على تحقيق الالتزام بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.

سابعاً: إبداء الرأي من الجوانب الشرعية في القوائم المالية للمصرف في الفترات التي تحدد بالتنسيق بين الهيئة والإرادة.

ثامناً: التأكد من تجنّب المكاسب التي تحققت من مصادر أو بطرق تتعارض مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية وصرفها في وجوه الخير العامة.

تاسعاً: التأكد من توزيع الأرباح وتحميل الخسائر طبقاً للأحكام الشرعية.

عاشراً: التأكد من حساب الزكاة وفقاً لأحكام ومبادئ الشرعية الإسلامية.

الحادي عشر: تقديم تقرير سنوي

الثاني عشر: مزاولة التفسير أو التحكيم الشرعي

الثالث عشر: تمثيل المصرف في المجالات الشرعية من المؤتمرات والندوات

الرابع عشر: الإجابة على تساؤلات واستيضاحات العملاء.

مما تقدم بيانه، يتضح لنا أن مهمة المستشار الشرعي هي مهمة مهنية يكون أصحابها من الفقهاء المتخصصين الذين لهم إلمام ليس بفقه المعاملات فحسب، وإنما بكل ما يتعلق بأعمال المؤسسات المالية من الناحية الشرعية كالزكاة والمحاسبة وغير ذلك.

نعم، أن مهمة المستشار الشرعي هي مهمة مهنية ولكن هل تؤدي هذه المهمة إلى مسئولية مدنية وجنائية في حالة الإهمال والتقصير كما في بقية المسئوليات المهنية كالطب والمحاماة والمحاسبة وغيرها. هل نستطيع أن نقيس مسؤولية المستشار الشرعي بمسؤولية الطبيب بغض النظر عن كونه أجيراً خاصاً أو أجيراً مشتركاً.

وقد يتبادر إلى الذهن أن الطبيب لا يسأل عما يؤدي إليه عمله من نتائج ضارة لكونه يقوم بواجبه والواجب لا يتقيد بشرط السلامة ولكن لما كانت طريقة أداء هذا الواجب متروكة لاختيار الطبيب وحده ولاجتهاده العلمي والعملي، وحيث أن الأطباء بشر من الناس، يجري عليهم ما يجري على غيرهم من الخطأ والنسيان، فاذا أخطأ أو أهمل الطبيب في القيام بالتزاماته الطبية التي تفرضها مهنته وتعدى بسلوك لا يتفق مع الأصول المتعارف عليها لمهنته، وأفضى إلى هلاك المريض أو إتلاف أحد أطرافه أو بعضها، أو قصد الإضرار به، فإنها تقوم مسؤوليته الجنائية. فالمسؤولية الجنائية هي "تحمل التبعة"[14] أو تحمل الشخص نتائج أفعاله.

[14]محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ص ٣٩٢

وباستقراء كلام فقهاء الإسلام فإن مسؤولية الطبيب الجنائية لا تقوم ولا تتحقق إلا بوجود ركنين أساسين هما التعدي والضرر. وأما علاقة التعدي بالضرر فهي من قبيل عدم وجود المانع للسبب فهي شرط في السبب أو العلة، يؤدي إلى انتفاء المانع[15] وهذه الأركان الثلاثة هي التعدي والضرر والإفضاء (علاقة التعدي بالضرر).

ونلاحظ أن المسؤولية عبارة عن تحمل التبعة عندما أخل الشخص عن القيام بالواجب وهذا الإخلال قد أدى إلى الضرر أو الخسارة بشرط أن يكون هناك علاقة بسببية بين الفعل والأثر. فهذه الملاحظة، كما تنطبق على مسؤولية الطبيب، تنطبق كذلك على مسؤولية المستشار الشرعي لأن إهماله وتقصيره عن واجب الاستقلالية قد يؤدي إلى الحاق الضرر بالمؤسسةلأماليةكون أكثر تعقيداً لأن حظضططستشـ ر الشرعي إذا التزم بواجب الاستقلالية كما هو مطلوب، فقد يؤدي ذلك إلى الحاق ضرر آخر بالجهة التي يعمل فيها المستشار الشرعي ، لأنه حين تقيّد بواجب الاستقلالية لا يستطيع أن يبدي رأيه في أمر لا يتعارض مع واجب السرية.

ولذلك لا نستطيع أن نقول أن مسؤولية المستشار الشرعي هي بمثابة مسؤولية المستشار الطبي لأن مهمة الاستشارة تختلف بينهما، ومهمة الطبيب مهمة خاصة بأفراد وليست بشركات أو مؤسسات ولو كانا من قبل الأجير المشترك.

إلا أن هناك فوارق بين المسألتين.

[15] د. محمد موري ميض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٨٨

أولاً: لا يوجد تضارب المصالح بخصوص المهنة الطبية بينما المستشار الشرعي الذي يعمل لأكثر من مؤسسة مالية قد يتعرض إلى مسألة تضارب المصالح بين المؤسسات المالية المختلفة.

ثانيا: مع أن الإهمال قد يكون سبباً في إلحاق الضرر سواء كان ذلك مريضاً (بالنسبة للطبيب) أو مؤسسة مالية (بالنسبة للمستشار الشرعي) إلا أن إهمال المستشار الشرعي بالتزامه بواجب السريّة قد يجلب مصلحةً لمؤسسة مالية أخرى.وهذا الاحتمال لا يقع في المهنة الطبيّة لانعدام احتمال تضارب المصالح بين المرضى. لذا فإنه يبدو أن المسئوليتين غير متماثلتين. فهناك بعض الجوانب في مسئولية المستشار الشرعي لا توجد في المسئولية الطبية مع أن الطبيب يعالج عدداً من المرضى الذين يُعانون من مرضٍ واحد.

قد ذهب بعض العلماء إلى أن الهيئات الشرعيّة واعضائها الذين هم أهل العلم والتقى في الجملة ليسوا مظنة الخيانة ولا تستفزهم المكاسب الدنيوية ، وإغراء المال فيترعون بهما إلى التهاون في الفتوى ، وغض النظر عن المخالفات الشرعيّة مجاملة للجهة التي تشير عليها الهيئة[16] .

مهما كان الأمر هناك عدد من المؤسسات المالية تلزم أعضاء هيئتها الشرعية بتوقيع وثيقة تنص على إدراكهم لمسألة تناقض المصالح وتعهدهم أنهم كلما ساورهم الشك في

[16] الدكتور محمد العلي القرى ،السرية في العمليات المصرفية مفهومها وضوابطها، ص١٧

وضع يمكن وصفه بالتناقض، أن يتخلى العضو الشرعي عن إبداء رأي شرعي فيما فيه تناقض مصلحة لمؤسستين تستشيران مستشارا شرعيًا واحدا أو هيئة رقابة شرعيّة واحدة .

ولذلك ، قيل إنه ليس من ديدنهم كتمان ما يتأكد لديهم من أمور وإجراءات واجتهادات وفتاوى لمجرد أن مؤسسة تريد الاسترباح منها ، ولذلك فإن مقاصد أعضاء الهيئة مع شرفها وعلو شأنها ربما تكون متناقضة مع مصالح تحقيق الأرباح من قبل المؤسسة المصرفية [١٧] .

فرأينا في المسألة يختلف عن هذا الاتجاه لأن واجب الاستقلالية ومنه وجوب التوجيه يخالف واجب السرية. فعلى المستشار الشرعي أو هيئة الرقبة الشرعية الالتزام بواجب السرية لأن الإخلال به قد يضر الجهة التي تلزم المستشار الشرعي بواجب السرية. ولا نبالغ إذا قلنا أن رأينا هذا قد يؤدي إلى إضرار الجهة الطالبة للاستشارة. فهناك تعارض بين دفع المفسدة وجلب المصلحة وطبقاً للقاعدة الفقهية التي تقول أن درء المفسدة أولى من جلب المصلحة، فنرى أن واجب السرية مقدم على واجب الاستقلالية للقاعدة الفقهية المذكورة وكذلك لأن المسلمين على شروطهم فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

أنواع الارتباط وعلاقته بواجب الاستقلالية.

هناك عدة أنواع من الرقابة الشرعية من حيث الشروط العقدية بين المستشار الشرعي والمؤسسة المالية. فهناك من المؤسسات المالية من تشترط على المستشار الذي

[١٧] المرجع السابق ، ص ١٨ .

يتعاقد معها ألا يتعاقد مع جهة مالية أخرى إلا إذا سمحت له المؤسسة المالية الأولى بذلك. وهذا الشرط يقيد عمل المستشار الشرعي بمؤسسة مالية واحدة فقط. ولا يجوز له أن يكون مرتبطا برقابة شرعية في مؤسسة أخرى (Exclusivity Clause).ولذا فبمجرد قبول المستشار الشرعي للعقد مع شرطه فلا يجوز له العمل مع مؤسسة مالية أخرى. وهذا يعبر عن منتهى الاستقلالية ولو كان فيه احتمال ان المستشار الشرعي قد يخل بهذا المبدأ ، فإذا أخلّ أصبح مسئولاً عن كل ضررٍ يترتبً على هذا الإخلال. وهذا الشرط يتلاءم مع ما جاء في معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية حيث إنه يجب أن يتم الاتفاق بين هيئات الرقابة الشرعية على شروط الارتباط كما يتعيّن أن تكون الشروط المتفق عليها مثبتة في خطاب التعيين[18].

إلا إنه يبدو أن هناك تفسيرات مختلفة لمثل هذا الشرط فقد يكون المقصود من هذا الشرط منع المستشار الشرعي من العمل في أي مؤسسة مالية تقوم بنفس عمليات المؤسسة الأولى وبترخيص مشابه. ويبدو أن هذا تفسير مقبول إذ انه من غير المعقول منع المستشار الشرعي من العمل في أي مؤسسة مالية و إن كانت طبيعة عملها تختلف عن طبيعة وعمل المؤسسة الأولى وذلك لانعدام تضارب المصالح التي هي مظنة عدم جواز تعيين مستشار شرعي واحد لأكثر من مؤسسة مالية.

---

[18]معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية، رقم (١).

وضع يمكن وصفه بالتناقض، أن يتخلى العضو الشرعي عن إبداء رأي شرعي فيما فيه تناقض مصلحة لمؤسستين تستشيران مستشارا شرعيّا واحدا أو هيئة رقابة شرعيّة واحدة .

ولذلك ، قيل إنه ليس من ديدنهم كتمان ما يتأكد لديهم من أمور وإجراءات واجتهادات وفتاوى لمجرد أن مؤسسة تريد الاسترباح منها ، ولذلك فإن مقاصد أعضاء الهيئة مع شرفها وعلو شأنها ربما تكون متناقضة مع مصالح تحقيق الأرباح من قبل المؤسسة المصرفية [١٧] .

فرأينا في المسألة يختلف عن هذا الاتجاه لأن واجب الاستقلالية ومنه وجوب التوجيه يخالف واجب السرية. فعلى المستشار الشرعي أو هيئة الرقبة الشرعية الالتزام بواجب السرية لأن الإخلال به قد يضر الجهة التي تلزم المستشار الشرعي بواجب السرية. ولا نبالغ إذا قلنا أن رأينا هذا قد يؤدي إلى إضرار الجهة الطالبة للاستشارة. فهناك تعارض بين دفع المفسدة وجلب المصلحة وطبقاً للقاعدة الفقهية التي تقول أن درء المفسدة أولى من جلب المصلحة، فنرى أن واجب السرية مقدم على واجب الاستقلالية للقاعدة الفقهية المذكورة وكذلك لأن المسلمين على شروطهم فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

أنواع الارتباط وعلاقته بواجب الاستقلالية.

هناك عدة أنواع من الرقابة الشرعية من حيث الشروط العقدية بين المستشار الشرعي والمؤسسة المالية. فهناك من المؤسسات المالية من تشترط على المستشار الذي

---

[17] المرجع السابق ، ص ١٨ .

لذا فإذا تم تعيين مستشار شرعي في شركة مساهمة لإدارة الأموال فى دولة معينة، وقع العقد بهذا الشرط،وهو التقييد، فلا يجوز له أن يعمل كمستشار شرعي في مؤسسة مالية مشابهة سواء في نفس البلد أو بلد آخر (على حسب بنود الاتفاق) إلا أنه يجوز له أن يعمل كمستشار شرعي في بنك أو شركة تأمين أو مؤسسة مالية أخرى غير شركة مساهمة. وذلك لأن مهام شركات التأمين والمؤسسات المالية تختلف عن مهام شركة المساهمة. فهذا هو الذي عليه العمل عموما والمتوقع من مثل هذا الشرط. وهذا لا يعني أنه لا يمكن اشتراط شرط يمنع المستشار الشرعي من أي عمل استشاري مشابه أو مخالف، بل قد تشترط المؤسسة المالية مثل هذا الشرط لسبب أو لآخر إلا أنه حينئذ يخالف ما عليه العمل في الوقت الحاضر. لأن هذا الشرط يوقع أعضاء الهيئة الشرعية في حرج شديد وذلك لقلة عدد المتخصصين في فقه المعاملات المعاصرة.

فالشرط السابق- بخصوص منع المستشار الشرعي من العمل في أي مؤسسة مالية تقوم بنفس عمليات المؤسسة الأولى وبترخيص مشابه- في جميع صوره، يجعل المستشار الشرعي عاملا أو موظفاً خاصاً لدى المؤسسة المالية. ويمكن تتريل هذه المسألة ضمن مسائل الأجير الخاص وهو"الذى يقع العقد عليه فى مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه فى جميعها كرجل استؤجر لخدمة أو عمل فى بناء أو خياطة أو رعاية ليوما أو شهر. سُمي خاص لاختصاص المستأجر نفعه فى تلك المدة دون سائر الناس".[١٩] فالأجير الخاص لايحق

[١٩] المغني مع الشرح الكبير المكتبة التجارية ج٦ ص١١٧-١١٨

له أن يعمل لغير من استأجره، لأن عقده لمدة معيّنة ويستحق الأجرَ بتسليم نفسه في المدة،وأن يعمل لأن منافعه صارت مستحقة لمن استأجره في مدة العقد[٢٠].

أما إذا لم يذكر في العقد هذا الشرط فإن المستشار الشرعي يكون بمثابة الأجير المشترك . والأجير المشترك هو " الذي يُوقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب أو بناء حائط ، أو حمل شئ إلى مكان معين أو على عمل في مدّة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحال والطبيب . سُمي مشترك لأنه يتقبل أعمالا لاثنين أو ثلاثة أو أكثر في وقت واحد ، ويعمل لهم ، فيشتركون في منفعته واستحقاقها فسُمي مشترك لاشراكهم في منفعته "[٢١] .

هناك اتجاه لدي عدد من المؤسسات المالية باتخاذ لجنة رقابة شرعية مكونة من عدد قليل معين من الفقهاء المشهورين في هذا العصر لأسباب كثيرة منها على سبيل المثال: كسب ثقة المتعاملين معهم، من وراء "خلق علامة تجارية شرعية" نابعة عن سمعة هؤلاء الفقهاء ، بالاضافة إلى الاستفادة من خبرة هؤلاء الفقهاء حيث إن كثيرا منهم يعمل كمراقب ومستشار شرعي في عدة هيئات للرقابة الشرعية. وهذا الهدف الأخير قد تكون له علاقة بنطاق هذا البحث أي مسألة الاستقلالية.

---

[٢٠] المرغناني، الهداية، ج٣، ص٢٤٥ ، محمد سالم مدكور، عقد الإيجار في الفقه الإسلامي المقارن،ص

[21] المرجع السابق ، ص ١١٨.

فالأجير المشترك هو من يعمل لكثير من المستأجرين، وهو لا يستحق الأجرةَ حتى يعمل؛ لأن المعقود عليه لا يمنع أن يعمل للعامة. وذلك لأن منافعه لم تعد مستحقةً لواحدٍ، فالمطلوب من الأجير المشترك أن يكون مستقلاً في القيام بعمله، لأن القصد هو تحقيق ما أراده المؤجرون. فهذا الأمر لا يتنافى مع طبيعة الأجير المشترك لأن عمله لأكثر من واحدٍ لا يضر بالآخرين. أما شأن الأجير المشترك في الأعمال الاستشارية فيما تتعلق بالمهنة المصرفية فيختلف عن طبيعة الأجير المشترك لأن المستشار الشرعي لا يستطيع أن يلبي ما أراده المؤجرون لأن القيام بكل هذه الواجبات يخلُّ بواجبات السرية. ولذلك فوظيفة الأجير المشترك في الأعمال الاستشارية المصرفية تختلف عن أحكام ومبادئ الأجير المشترك في الأعمال الأخرى وذلك لوجود احتمال تضارب المصالح.

فموضوع الاستقلالية له صلة قوية بقضية تضارب المصالح الذي قد يفسد العقدَ، لأن أحد المتعاقدين قد يتصرف لغير مصلحة الآخر. لأن أحد المتعاقدين قد يعمل لمصلحته شخصياً وليس في ذلك مصلحة للاخر بينما هو مكلف في القيام بما فيه مصلحة للآخر أيضا وليس لنفسه فقط. فالوكيل مثلاً عليه أن يتصرف في جميع الحالات لمصلحة الموكل ولكن إذا تصرف أو امتنع عن التصرف ليحقق مصلحةً لنفسه فتصرفه باطل لأن هذا التصرف يتعارض مع مصلحة الموكل. فالعبرة إذن في رأينا هي إلحاق الضرر بالآخر لعدم الإلتزام بواجب الاستقلالية.

مقترح لضمان استقلالية الاستشارة الشرعية .

إن هذا المقترح يبدو وكأنه يناقص بعضه بعضا حيث إن حاجة المستشار إلى عدم كتم علمه تتعارض مع واجب استقلاليته كمستشار شرعي. ألا إن هذه الإشكال ينبغي أن تحلّ لمصلحة البنوك الإسلامية والمؤسسات المالية. والاقتراح كالتالي:

أولاً: إذا وقّع المستشار الشرعي (أو هيئة الرقابة الشرعية) على عقد مع مؤسسة مالية ووافق على شرط ينص على أن يكون عمله مقتصراً على هذه المؤسسة دون غيرها فعليه الالتزام به، وإلا فكل عمل يخالف هذا الشرط يعتبر مخالفة يكون المستشار الشرعي (أو الهيئة الشرعية) مسؤلا عنه على ضوء قانون السرية المعمول به.

ثانيا: في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط فإن من حق المستشار الشرعي (أو هيئة الرقابة الشرعية) أن يعمل لدى أكثر من مؤسسة مالية. ويجوز له إبداء رأيه كما هو الحال في أي فتوى شرعية عادية. والمقصود من فتوى شرعية عادية في هذا السياق ألا يصل رأيه إلى حدّ إبداء مواصفات المنتجات المصرفية الجديدة التي تمّ تطويرها من قبل المؤسسة الأولى التي يعمل معها كمستشار شرعي حيث إن ذلك يكون داخلا ضمن إطار واجب السرية. ومع ذلك فإن على المستشار الشرعي(الهيئة الشرعية) وبمقتضى عمله الإجابة عن كل استفسار يوجه إليه،إلا أنه يلاحظ أن هذا المقترح لا ينطبق على الاستشارة الشرعية فيما تخص الصناديق الاستثمارية الإسلاميّة لأن الأعمال والخدمات الاستشارية في مجالات الاستثمار الأسلامي لا تتعلق بواجب

السرية بالمعنى الأخص، لأن معايير اختيار الأسهم مثلا أصبحت معلومة لدى الجميع . فالعمل الاستشاري يكون منصرفا إلى تحقيق هذه المعايير على الأسهم المتداولة في البورصات.فواجب الاستقلالية يسهل أداءه لأن القيام بواجب الاستقلالية لا يخلّ بواجب السرية من كل الجوانب اللهم إلا في بعض المنتجات الاستثمارية التي تتمتع بالإبتكار .

ثالثاً: إذا طُلب من المستشار الشرعي (أو هيئة الرقابة الشرعية) تصميم أداة مالية جديدة وتبين أنه على علم بمواصفات هذا الإنتاج من خلال عمله مع مؤسسة مالية أخرى فإن عليه اخبار المؤسسة الجديدة الطالبة لهذه المعلومات بأنه ليس بمقدوره افشاء مواصفات تلك الأداة المالية خشية الإضرار بحقوق الآخرين. ففي هذه الحالة عليه نصح المؤسسة المالية الطالبة لمشورته أخذ موافقة المؤسسة المالية الأولى التي صممت هذه الأداة المالية أو أن تعمل معها على تطويرها وتحسينها. وينطبق هذا الرأي كذلك فيما إذا كان الأمر يتعلق بتصميم أو تطوير وتحسين آداة مالية إذا تمّ تصميمها. وذلك لأن لكل حالة منها قيمتها المالية، إذ إفشاؤها قد يضر بصاحب المنتج ضررا ماديا أو معنويا.وهكذا فإنه يمكن تغيير نطاق واجب الاستقلالية من أجل وجوب السرية في الاستشارة الشرعية،وذلك لدفع المفسدة من المؤسسة التي بادرت في منتج من منتجات مالية جديدة.

رابعاً: العبرة في واجب السرية هي الأثر المترتب على عدم الالتزام بهذا الواجب وهو ضرر لجهة معينة. وهذا ينطبق على قاعدة أن السر هو ما يضر إفشاؤه بسمعة مودعه بشخصيته وكرامته.[22] ولذلك،فعلينا أن ننظر إلى قضية الأضرار لنكون على بصيرة من واجب الاستقلالية. فالاستقلالية قائمة ومطلوبة ما دامت لا تؤدي إلى الضرر وهو الضرر المادي والمعنوي. والجدير بالذكر هنا أنه يجب التفرقة بين السرية والوقائع المعروفة ومن الوقائع المعروفة ما يكون عاماً بطبيعته يسمح بالعلم بها منذ أول بادرة ولا يُسمى سرّ لها. فالاستقلالية لا تمس ما كان معروفا من قبل. مهما كان الأمر نرى أنه في تحديد السر لا بدّ من الرجوع إلى العرف الجاري فواجب الاستقلالية لا بدّ أن يراعي ما هو معروف ومتداول في المهنة المصرفية.

خامسا : الالتزام بالضابط الذي جاء في معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية والذي ينص على ألا تضم هيئة الرقابة الشرعية مساهمين ذوي تأثير فعال . واحتمال انضمام مساهمين إلى هيئة الرقابة الشرعية وارد . وهذا ما دلت عليه نتيجة الدراسة التي أعدها مجموعة من الخبراء الشرعيين والاقتصاديين والمصرفيين على أن أعضاء الهيئات الشرعية في جميع المصارف الإسلامية قيد الدراسة ، والتي شملت أكثر من ٦٠ بنكا

[22] أحمد كامل، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص٣٢

إسلاميا ، أن هناك نسبة ١% من رأس المال من مساهمة أعضاء الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية التي يعملون فيها كأعضاء الهيئة الشرعية[٢٣] .

سادسا :الالتزام بواجب الاستقلالية يكون أوفق إذا كان تعيين أعضاء هيئة الرقابة الشرعية يتمّ عن طريق الجمعية العمومية ، وهذا مما جاءت به معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية. لقد أظهرت إحدى الدراسات على أن اختيار أعضاء هيئة الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية والتي شملت عددا من البنوك الإسلامية ، يتمّ عن طريق الجمعية العمومية بنسبة ١% .٣٩ أو عن طريق مجلس الإدارة بنسبة ٥٨,٤% ، أو بوسائل أخرى ، بنسبة ٢,٥% [٢٤].كما أسفرت دراسة أخرى أجرها لجنة من الأساتذة على ١٦ بنكا إسلاميا أن نسبة ٨١% من هذه البنوك يتمّ تعيّن هيئة الرقابة فيها من قبل مجلس الإدارة[٢٥] .

ويبدو أن هذه الاحصائيات غير مشجعة ، ومؤسفة بنظام الرقابة الشرعية وذلك لأنه إذا كان أمر اختيار الهيئة الشرعية للجمعية العمومية كان بإمكانها مراقبة مجلس الإدارة نفسه فيبدو أن هيئة المحاسبة الشرعية للجمعية العمومية كان بإمكانها مراقبة مجلس الإدارة نفسه فيبدو أن هيئة المحاسبة والمراجعة قد وُفّقت للرأي الصائب حين أسندت أمر اختيار هيئة الرقابة الشرعية لنجمعية العمومية بدلا من مجلس الإدارة .

---

[23]لجنة من الأساتذة الخبراء الاقتصاديين والشرعيين والمصرفيين ، تقويم عمل هيئات الرقابة الشرعية في المصارف :الإسلامية ، القاهرة ، المعهد العالي للفكر الإسلامي ، ١٩٩٦،ص١٣٧ .

[24] أنظر نفس المرجع ،ص٣٠ .

[25] أنظر تقويم الدور المحاسبي للمصارف الإسلامية ، إعداد لجنة من الخبراء الاقتصاديين والشرعيين والمحاسبين،القاهرة ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، ١٩٩٦م. ص ٣٦٤ .

جمال الدين عطية ، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم والتقليد والاجتهاد ، النظرية والتطبيق ، كتاب الأمة ، قطر ، ص ٦٩ .

وذلك حتى لا تكون هيئة الرقابة الشرعية تحت تأثير الإدارة. فالتعيين من قبل الجمعية العمومية يجعل هيئة الرقابة الشرعية تتمتع بدرجة عالية من الاستقلالية . وهذه الاستقلالية القانونية _ من ناحية التعيين _ مهمة جدا لهيئات الرقابة الشرعية التي تراجع وتقيم أعمال الإدارة[٢٦] .

الخلاصة والخاتمة.

لقاد حاول البحث معالجة استقلالية المستشار الشرعي (أو هيئة الرقابة الشرعية) وعلاقة ذلك بواجب السرية خاصة إذا كان المستشار الشرعي يعمل لأكثر من مؤسسة مالية. وقد حاول البحث تخريج المسألة على مسائل الأجير الخاص والأجير المشترك ومسئولية الطبيب الذي يعالج عدداً من المرضى. فبالرغم من أن هذه المسائل ليست متشابهة مع كل الجوانب إلا أنه يمكن الاستفادة منها في سبيل تأصيل مسألة استقلالية المستشار الشرعي. وقد خلص البحث إلى أن المستشار الشرعي (هيئة الرقابة الشرعية) إذا وقّع عقدًا مع مؤسسة ماليةٍ اشترطت عليه أن يعمل معها فقط أن يتقيد بذلك الشرط إلا أن هذا لا يمنعه من تقديم رأيه وفتواه إذا كانت لا تتعلق بتصميم المنتجات أو تطويرها والتي تُعتبر أموراً سريةً بالنسبة للمؤسسة المالية التي تعاقد معها.

فواجب الاستقلالية يكون أضبط إذا كان أعضاء الهيئة الشرعية لا يكونون مساهمين في المؤسسة المالية الإسلامية ، ، لأن المساهمة المالية قد تثير تهمة في استقلالية هؤلاء

[26] ينبغي الإشارة إلى أن تعيين أعضاء الرقابة الشرعية من قبل الجمعية العمومية أقرب للصواب إلا أنه يلاحظ أن بعض الجمعيات العمومية يؤثر عليها في الغالب أفراد معدودون يفرضون عليا ما يريدون .

العلماء الذين يقومون بواجب التوجيه والإفتاء . فطريقة تعيين أعضاء الهيئة الشرعية لا يقل أهمية لأن سلطة التعيين قد أثّرت على استقلالية هؤلاء العلماء ، فتعيينهم عن طريق الجمعية العمومية هو اضبط وأصلح . والله أعلم .

وصلى الله على محمد ، وآخر دعوانا أن الحمدلله ربّ العالمين .